

BAG Urteil vom 23.01.2019 zum Vorbeschäftigungsverbot: Unzulässigkeit der mehrfachen, sachgrundlosen Befristung bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 2018, Az. 1 BvL 7/14 (Vorlagebeschluss) und Az. 1 BvR 1375/14 (Verfassungsbeschwerde))

Das Vorbeschäftigungsverbot

Im Teilzeit- und Befristungsgesetz („TzBfG“) existieren zwei verschiedene Arten von Befristungen: die Sachgrundbefristung und die sachgrundlose Befristung.

Wie der Begriff bereits vermuten lässt, bedarf es für die Sachgrundbefristung (§ 14 I TzBfG) eines im Gesetz vorgesehenen rechtfertigenden Grundes, wohingegen die Befristung eines Anstellungsverhältnisses bei der sachgrundlosen Befristung (§ 14 II-IV TzBfG) auch ohne Vorliegen eines besonderen Grundes zulässig ist.

Da nach der Konzeption des TzBfG die unbefristete Anstellung der Grundsatz sein soll und die Sachgrundbefristung bereits eine Ausnahme darstellt, soll die sachgrundlose Befristung erst recht nur in eng begrenzten Fällen möglich sein. Daher sieht das TzBfG in § 14 II S.2 vor, dass die sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. Vorbeschäftigungsverbot).

Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von 2011 bis 2018

Seit 2011 las das BAG in den Gesetzeswortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eine Art Sperrfrist von drei Jahren hinein (BAG-Urteil vom 06.04.2011, Az. 7 AZR 716/097). Eine Vorbeschäftigung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber stand also nach Auffassung der Erfurter Richter einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegen, **wenn das vorherige Arbeitsverhältnis länger als drei Jahre zurücklag**. In den Jahren vor 2011 sah das BAG in der Norm noch ein absolutes Vorbeschäftigungsverbot.

Diese Rechtsprechung war seitens der Instanzgerichte erheblicher Kritik ausgesetzt, da das TzBfG eine solche Einschränkung nicht vorsehe. So war beispielsweise das LAG Niedersachsen der Auffassung, dass sich die Rechtsprechungslinie des BAG schon nicht mit dem Wortlaut des § 14 II S.2 TzBfG („bereits zuvor“) vereinbaren lasse und im Übrigen auch gescheshistorische Erwägungen für die Annahme eines umfassendes Vorbeschäftigungsverbotes sprächen (vgl. Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 23. Mai 2017 – 9 Sa 1304/16 –, Rn. 26, juris). Auch das LAG Baden-Württemberg argumentierte (vgl. Urteil vom 13.10.2016, Az. 3 Sa 34/16), dass der Wortlaut des § 14 Abs. 2 TzBfG („bereits zuvor“) eindeutig sei. Weitere Kammern des LAG Baden-Württemberg hatten zuvor ebenso entschieden. (LAG Baden-Württemberg, Urteile vom 26.9.2013, Az: 6 Sa 28/13 und vom 21.2.2014, Az: 7 Sa 64/13).

Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts: Eine Frist von drei Jahren widerspricht dem Grundgesetz

Auch für das BVerfG, das sich im Rahmen einer Vorlage durch das Arbeitsgericht Braunschweig und einer Verfassungsbeschwerde mit der soeben dargelegten Rechtsprechung des BAG befassen musste, ist die Auslegung des BAG nicht mehr vom Willen des Gesetzgebers gedeckt: Das BVerfG kam zwar zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich kein Verfassungsverstoß vorliege.

Das Vorbeschäftigungsverbot könne allerdings – entgegen der Auffassung des BAG – nicht dahingehend ausgelegt werden, dass eine weitere sachgrundlose Befristung zwischen denselben Vertragsparteien zulässig ist, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt.

Die richterliche Rechtsfortbildung dürfte nämlich nach Auffassung der Verfassungsrichter „den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen“. Im Fall des Verbots der Vorbeschäftigung habe sich „der Gesetzgeber klar erkennbar gegen eine Frist“ – in diesem Fall von drei Jahren – entschieden, kritisierte der erkennende erste Senat des BVerfG die obersten Arbeitsrichter aus Erfurt.

Konkret argumentierte das BVerfG, dass „die Billigung mehrfacher sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse zwischen denselben Vertragsparteien bei Wahrung eines Abstands von mehr als drei Jahren die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung überschreite“ und daher Art 2 I GG i.V.m. Art 20 III GG verletze. Eine sachgrundlose Befristung zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien solle grundsätzlich nur einmal und nur bei der erstmaligen Einstellung zulässig sein.

Daneben würde durch die Rechtsprechung des BAG auch der „Schutz der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer und die Sicherung der unbefristeten Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform i.R.d. Sozialstaatsprinzips“ gefährdet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 2018, Az. 1 BvL 7/14 und Az. 1 BvR 1375/14).

Gleichzeitig haben die Karlsruher Richter jedoch auch festgestellt, dass **eine sachgrundlose Befristung nicht völlig ausgeschlossen** ist. Eine Ausnahme vom Verbot der Vorbeschäftigung sei insbesondere dann möglich, wenn die Gefahr einer Kettenbefristung offensichtlich ausgeschlossen ist. Dies sei dann der Fall, wenn **die jeweilige Vorbeschäftigung "sehr lange" zurückliegt oder eine der folgenden Fallgruppen einschlägig ist:**

- es handelt sich um bestimmte geringfügige Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studienzeit oder der Familienzeit,
- die Tätigkeit von Werkstudierenden oder
- es liegt eine lang zurückliegende Beschäftigung von Menschen vor, die sich später beruflich völlig neu orientieren

Auswirkungen der Entscheidung des BVerfGE auf die neuere BAG-Rechtsprechung

In Hinblick auf die bestmögliche rechtliche Absicherung und Beratung von Arbeitgebern gestaltet sich v.A. problematisch, dass die vom BVerfG genannten Ausnahmen im Vergleich zur bisherigen

Auslegung des BAG (noch) wenig konkret sind. Wie lange eine mögliche Vorbeschäftigung zurückliegen kann (auf jeden Fall länger als drei Jahre) oder welche Art der Vorbeschäftigung konkret als Ausnahme gelten kann, ist nun schwieriger einzuschätzen, wie der folgende Fall zeigt: In einer aktuellen Entscheidung (BAG-Urteil vom 23.01.2019 - 7 AZR 733/16) nahm das BAG die Entscheidung des BVerfG -wie erwartet- zum Anlass, seine Rechtsprechung zur „Drei-Jahres-Regel“ bei der Auslegung des § 14 II S. 2 TzBfG aufzugeben.

Das BAG führt aaO wie folgt aus: „... Das Verbot der sachgrundlosen Befristung könne danach insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliege, ganz anders geartet wäre oder von sehr kurzer Dauer gewesen sei. Um einen solchen Fall handele es sich vorliegend jedoch nicht. Insbesondere habe das vorangegangene Arbeitsverhältnis **acht Jahre** und damit nicht sehr lang zurückgelegen.“

Fest steht, dass künftig nicht mehr mit Bestimmtheit festgestellt werden kann, wann eine Vorbeschäftigung „sehr lang zurückliegt“. Vermutlich hat sich das BAG dazu entschieden, den Zeitraum von acht Jahren in diesem Zusammenhang als nicht sehr lange zurückliegend anzusehen, um nicht erneut eine Zurechtweisung durch das BVerfG zu riskieren. Dennoch liegt auf der Hand, dass die klare zeitliche Grenze von drei Jahren jedenfalls ein praktikabler, weil einfach zu bestimmender Maßstab war.

Es ist derzeit **noch nicht abschätzbar, wann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung von einer sehr lang zurückliegenden Vorbeschäftigung** auszugehen ist.

Des Weiteren entschied das BAG in seinem Urteil vom 23.01.2019, dass sich der beklagte Arbeitgeber auch nicht mit Erfolg darauf berufen könne, die Befristung im Vertrauen auf die im Jahr 2011 ergangenen Entscheidungen des BAG vereinbart zu haben. So hätte der Arbeitgeber bei Abschluss der Verträge mit dem klagenden Arbeitnehmer jedenfalls die Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, dass die vom BAG vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der Norm vor dem BVerfG keinen Bestand haben könnte.

Trotz der Härte, die diese Entscheidung für den Arbeitgeber in dem zu entscheidenden Fall mit sich bringt, dürfte diese Auffassung des BAG angesichts der oben dargelegten, fortgesetzten Kritik in an der drei-Jahres-Regel durch die Landesarbeitsgerichte im Ergebnis nicht zu beanstanden sein.

Auswirkungen auf die Arbeitgeber in der Praxis

Selbstverständlich haben die aktuellen Entscheidungen des BVerfG und des BAG über den Einzelfall hinaus erhebliche Auswirkungen für die Arbeitgeber in der Praxis:

Arbeitgeber sollten sich nun ein Bild darüber verschaffen, ob sie aktuell sachgrundlos befristete Arbeitnehmer beschäftigen, bei denen eine Vorbeschäftigung bekannt ist. Ist dies der Fall und soll das betreffende Arbeitsverhältnis nicht ohnehin entfristet werden, müsste im Einzelfall geprüft werden, ob die Befristung „gerettet“ werden kann.

Trotz Vorbeschäftigung wäre die Befristung wirksam, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt (zum Beispiel eine Beschäftigung während einer langen zurückliegenden Ausbildung), ganz anders geartet war (zum Beispiel eine völlig andere Funktion betraf) oder von sehr kurzer Dauer

gewesen ist. Auch eine „Umdeutung“ in eine Sachgrundbefristung kommt in Betracht, allerdings nur wenn der Sachgrund bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages objektiv vorlag.

Stellt sich heraus, dass die aktuelle Befristung unwirksam ist, muss im Zweifel von Einzelfall zu Einzelfall das weitere Vorgehen festgelegt werden: Denkbar wäre z. B. der Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags mit Sachgrund oder der Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Eine andere Option wäre, das geplante Vertragsende abzuwarten und darauf zu hoffen, dass der Arbeitnehmer nicht binnen drei Wochen eine sogenannte Entfristungsklage erhebt (§ 17 Satz 1 TzBfG). Wer Glück hat, kann sich bei Ausbleiben einer solchen auf die gesetzliche Fiktion eines wirksam befristeten Arbeitsverhältnisses berufen (§ 17 Satz 2 TzBfG). Gleichwohl ist eine verlässliche Personalplanung mit dieser Vorgehensweise jedoch nicht möglich.

Bei künftigen sachgrundlos befristeten Einstellungen sollten Arbeitgeber bereits im Bewerbungsverfahren nach einer Vorbeschäftigung fragen. Ist eine Vorbeschäftigung nach Aussage des Bewerbers nicht gegeben, sollte dies in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden. Sollte sich herausstellen, dass die Angabe des Bewerbers falsch war, wäre auf diesem Weg eine Anfechtung des Arbeitsvertrags besser begründbar. Liegt eine Vorbeschäftigung vor, muss geprüft werden, ob mit den Kriterien des BVerfG eine Ausnahme vom Vorbeschäftigungsverbot angenommen werden kann oder ob eine Befristung mit Sachgrund in Betracht kommt.

Ihre Ansprechpartner bei WELLENSIEK:



Dirk Adam

Wellensiek Heidelberg
Blumenstraße 17
69115 Heidelberg
Telefon 06221-9118-0
E-Mail: dirk.adam@wellensiek.de



Stefan Moos

Wellensiek Heidelberg
Blumenstraße 17
69115 Heidelberg
Telefon 06221-9118-0
E-Mail: stefan.moos@wellensiek.de